

Muss die Grundlage des Notrechts revidiert werden?

Der Bundesrat hat zur Bekämpfung der Corona-Pandemie und ihrer möglicherweise katastrophalen Folgen aus eigenem Entschluss recht einschneidende Verordnungen erlassen. Ein Teil davon konnte sich auf Befugnisse stützen, die ihm für bestimmte Situationen in bestehenden Bundesgesetzen übertragen sind. Bei anderen stellte er einzig und unmittelbar auf Artikel 185 der Bundesverfassung (BV) ab. Dieser räumt ihm eine Kompetenz zum Verordnen oder Verfügen von Notrecht ein. Der Artikel hat folgenden Wortlaut:

Äussere und innere Sicherheit

¹ Der Bundesrat trifft Massnahmen zur Wahrung der äusseren Sicherheit, der Unabhängigkeit und der Neutralität der Schweiz.

² Er trifft Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit.

³ Er kann, unmittelbar gestützt auf diesen Artikel, Verordnungen und Verfügungen erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen. Solche Verordnungen sind zu befristen.

⁴ In dringlichen Fällen kann er Truppen aufbieten. Bietet er mehr als 4000 Angehörige der Armee für den Aktivdienst auf oder dauert dieser Einsatz voraussichtlich länger als drei Wochen, so ist unverzüglich die Bundesversammlung einzuberufen.

Die Erlasse des Bundesrates sind in der Bevölkerung grossmehrheitlich gut angenommen worden. In der alle zwei Wochen erscheinenden Waadtländer Zeitung „La Nation“ hat in Nr. 2146 vom 20. April 2020 der altgediente Publizist Jean-François Cavin darauf aufmerksam gemacht, dass Verordnungen zur Stützung der Wirtschaft, im Bereiche der Arbeitslosen-Versicherung und des Ersatzes von Einkommensausfall lediglich mit der Anrufung von Art. 185 BV untermauert wurden. Dieser Artikel spricht indessen einzig von Massnahmen zur Wahrung der öffentlichen Ordnung, sowie der inneren und der äusseren Sicherheit. Cavin hebt nun hervor, dass die wirtschaftlichen und sozialen Vorkehren, die der Bundesrat direkt auf der Basis von Art. 185 BV getroffen hat, nicht das Aufrechterhalten der öffentlichen Ordnung oder der Landessicherheit betreffen, jedenfalls nicht, wenn man sich an den klassischen, den herkömmlichen Sinn dieser Begriffe hält. Cavin räumt ein, dass es schwer fallen kann, die Bundesversammlung zum unverzüglichen Erlass besser fundierter Dringlichkeitsgesetze einzuberufen. Angesichts der unverkennbaren Notwendigkeit sofortigen Handelns, das unter Umständen nur dem Bundesrat möglich ist, stellt Cavin die durchaus berechtigte Frage, ob die Notrechtsregelung vielleicht revidiert werden sollte.

Betroffen sein können nicht nur öffentliche Ordnung und Landessicherheit

Cavins Frage ist sicherlich von Interesse. Selbst einem juristischen Laien ist einsehbar, dass die Kompetenzformulierung in Art. 185 BV nicht ohne weiteres deckungsgleich ist mit dem Gebrauch, den der Bundesrat von dieser Bestimmung für sich beansprucht hat. Es ist vielleicht kein Zufall, dass jene Frage aus dem französischen Kulturkreis an uns herangetragen wird. In diesem neigt man zu einem eher strikteren Umgang mit Begriffen als man das in der alemannischen Schweiz gewohnt ist.

Wer die letzten Jahre vor dem Zweiten Weltkrieg bewusst erlebt hat, erinnert sich daran, dass damals dem Schweizer Volk verständlich gemacht wurde, die Landesverteidigung umfasse nun nicht mehr nur den militärischen Bereich, sondern noch zwei andere Felder: die wirtschaftliche und die geistige Landesverteidigung. Seither ist noch ein vierter Bereich hinzugekommen: der virtuelle Raum, die Cyberverteidigung. Nimmt man dazu, dass die jetzigen bundesrätlichen Massnahmen zumindest mittelbar sozialer Unrast vorbeugen sollen, so liegt ein Gedanke nahe: Art. 185 BV und dessen Sicherheitsverständnis müsse nunmehr in weiterem Sinn aufgefasst werden, als der etwas enge Wortlaut auf den ersten Blick vermuten lässt. Es ist sehr wohl möglich, dass der Bundesrat auch so gedacht hat.

Bloss eine Frage der Auslegung?

Nun ist aber mit ausdehnenden Auslegungen eines Verfassungswortlauts vorsichtig umzugehen. Rechtlich ist es nicht ausgeschlossen, über die Formulierung eines Satzes hinauszugehen, wenn dieser für den wirklichen Sinn der Bestimmung sicher zu eng gefasst ist. Ob aber die Schöpfer des Art. 185 BV ihre Sicherheitsbegriffe über Situationen mit polizeilichen und militärischen Konnotationen hinausgehend verstanden haben wollten, ist fraglich. Denn Absatz 4 des Artikels, der die Möglichkeit eines Truppenaufgebots betrifft, spricht eher für diese Fraglichkeit.

Mit anderen Worten: Gewisse Zweifel, ob der schon gemäss seinem Randtitel auf die Wahrung der „äusseren und inneren Sicherheit“ gemünzte Art. 185 BV auch bundesrätliche Notverordnungen zum Verhindern von Konkursen und anderen wirtschaftlichen Zusammenbrüchen und von Verarmung durch Arbeitslosigkeit zulässt, ergeben sich daraus, dass dieser Kompetenzartikel enger gefasst scheint als der die Voraussetzungen einer Einschränkung von Grundrechten aufzählende Art. 36 BV. Dort wird in Abs. 1 Satz 2 erlaubt, für

solche Einschränkungen vom Weg der ordentlichen Gesetzgebung abzusehen, wenn ein Fall ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr vorliegt. Dieser Satz ist weit genug gefasst um z.B. eine Gefährdung der Landesversorgung, des wirtschaftlichen Wohlstandes und der sozialen Daseinsbedingungen mitzuumfassen. Der Anschein, dass es nur um polizeilich oder militärisch abzuwendende Gefahren geht, der aus dem enger wirkenden Wortlaut von Art. 185 BV hervorgehen kann, fehlt in Art. 36 BV. Hat der Bundesrat aber die weite Kompetenz, die der Staat zum Einschränken von Grundrechten laut Art. 36 BV besitzt, wenn die speziellere und deshalb vorrangige Notversorgungs-Kompetenzbestimmung dem Bundesrat möglicherweise eine schmalere Befugnis einräumt? Genau hier liegt der Kern des Problems, der uns beschäftigt. Werfen wir deshalb einen Blick auf den Wortlaut von Art. 36 BV!

Einschränkung von Grundrechten

¹ Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.

² Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.

³ Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein.

⁴ Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.

Ganz befriedigend erscheint der Wortlaut von Art. 185 deshalb kaum. Sein Verhältnis zu Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV wirkt nicht völlig stimmig. Es ist indessen Sache der Rechtslehre, herauszufinden, was hier interpretativ angehen mag. Wenn hier auf derartige Klärungsversuche nicht weiter eingegangen wird, so deshalb, weil es uns hier *um eine eindeutige Lesbarkeit dessen geht, was die Bundesverfassung will*. Der interessierte und

nachdenkliche Bürger oder die ebensolche Bürgerin möchte *dem Verfassungstext Eindeutigkeit und keine Zweifelsfragen entnehmen können*. Unabhängig davon, ob auf dem Auslegungswege eine geordnete und geeignete Kompetenzerteilung hergestellt werden kann, bleibt leicht greifbare Sinnggebung durch die Verfassungsurkunde wichtig. Dass dies nicht belanglos ist, geht aus dem Verlauf der Pandemie hervor. War das Publikum bei deren unerwarteten Auftauchen bereit, einschränkenden Vorkehren des Bundesrates zuzustimmen, ist mit deren Lockerung nicht nur das Bedürfnis nach Freiheit wieder deutlich geworden. Auch die Frage nach Legalität und rechtlicher Kompetenz ist in der Öffentlichkeit wieder laut geworden.

Ein Blick auf die Befugnisse der Bundesversammlung, dringliche Gesetze zu erlassen (Art. 165 BV), hilft bei der Suche nach der Antwort nicht weiter. Die Befugnisse des Parlaments als oberster Behörde des Bundes (Art. 148 Abs. 1 BV) sind weiter gefasst als jene des Bundesrates und eingehender ausformuliert, einschliesslich der Befugnis zur Schaffung extrakonstitutioneller Gesetze. Dadurch, dass Art. 190 BV Bundesgesetze für rechtsanwendende Behörden massgebend erklärt, erhält der Bundesgesetzgeber ohnehin die Möglichkeit, verbindliche Normen aufzustellen, die nicht mit der Bundesverfassung harmonieren. Art. 165 BV ist wie folgt aufgesetzt:

Gesetzgebung bei Dringlichkeit

¹ Ein Bundesgesetz, dessen Inkrafttreten keinen Aufschub duldet, kann von der Mehrheit der Mitglieder jedes Rates dringlich erklärt und sofort in Kraft gesetzt werden. Es ist zu befristen.

² Wird zu einem dringlich erklärten Bundesgesetz die Volksabstimmung verlangt, so tritt dieses ein Jahr nach Annahme durch die Bundesversammlung ausser Kraft, wenn es nicht innerhalb dieser Frist vom Volk angenommen wird.

³ Ein dringlich erklärtes Bundesgesetz, das keine Verfassungsgrundlage hat, tritt ein Jahr nach Annahme durch die Bundesversammlung ausser Kraft, wenn es nicht innerhalb dieser Frist von Volk und Ständen angenommen wird. Es ist zu befristen.

⁴ Ein dringlich erklärtes Bundesgesetz, das in der Abstimmung nicht angenommen wird, kann nicht erneuert werden.

Zum Vergleich: Die Vollmachtenbeschlüsse von 1914 und 1939

In früheren Zeiten, in denen das Dringlichkeits- und Notrecht schriftlich rudimentärer geordnet war, wäre es wohl leichter gefallen, Cavins Frage mit einem „Nein“ zu beantworten. Gegebenenfalls hiess es einfach „Not kennt kein Gebot“. So waren die 1914 und 1939 des Krieges wegen von der Bundesversammlung dem Bundesrat erteilten Sondervollmachten kaum verfassungsmässig legal, wohl aber im Sinne der Staatsräson legitim. Das hat selbst ein so energischer Kritiker des missbräuchlichen Umgangs mit Verfassungs- und Vollmachtenrecht wie Prof. Zaccaria Giacometti anerkannt.

Sollte man finden, dass ein Teil der bundesrätlichen, zur Corona-Pandemie erlassenen Verordnungen nicht genügend durch die Bundesverfassung gedeckt ist, so müsste man doch eingestehen, dass trotz fehlender Legalität die Legitimität gegeben ist oder war. Denn hätte der Bundesrat, pragmatisch gesehen, anders handeln können? Er musste das Unerlässliche einfach tun. Aus diesem Grunde sind die vorliegenden Ausführungen auch keineswegs als Bemängelung des Vorgehens unserer Landesregierung zu verstehen. Aber wenn man trotz ungenügender Rechtsgrundlage einfach handeln muss, um Unheil zu verhüten, dann ist man in einer Lage, die mit jener der Bundesversammlung im Jahre 1914 und 1939 vergleichbar ist. Die aus dem Vergleich hervorgehende Legitimierung vermag jedoch, falls man eine ausdehnende Auslegung von Art. 185 BV ablehnt, die dann fehlende Legalität nicht einfach zu ersetzen.

Hilft die Polizeigeneralklausel?

Nun könnte man aber noch auf die Idee verfallen, die im geschriebenen oder ungeschriebenen Recht auszumachende Polizeigeneralklausel könnte das Fundament für wirtschaftliche oder soziale Notverordnungen des Bundesrates liefern. Es handelt sich um die allgemeine Ermächtigung der Exekutive, die öffentliche Ruhe und Sicherheit aufrecht zu erhalten – sozusagen die Urfunktion einer Exekutive.

Berufen sich die Behörden auf diese Klausel, so haben sie freilich alle für ein polizeiliches Eingreifen in einem Rechtsstaat geltenden Regeln einzuhalten. Natürlich muss eine Störung oder unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Ordnung vorliegen. Die Rechtsprechung hat lange die Polizeigeneralklausel für genügend erachtet selbst wo jede materielle rechtliche Grundlage zum Eingriff fehlte. Dies ist jedoch mit dem rechtsstaatlichen Erfordernis der inhaltlichen Gesetzmässigkeit des Verwaltungshandelns nicht vereinbar. („Materielles“ Recht nennt man die Vorschriften über das Verhalten. „Formelles“ Recht werden die Regeln zur Verwirklichung der „materiellen“ Anordnungen genannt, also Bestimmungen über die Zuständigkeit der mit jener Verwirklichung betrauten Behörden und über das dabei zu verfolgende Verfahren, mit anderen Worten das Prozessrecht.)

Auch ist fraglich, ob alle in Betracht fallenden bundesrätlichen Verordnungen eine „unmittelbare“ Ordnungsgefährdung betreffen. Sie könnten auch als bloss vorbeugende Handlungen angesehen werden, deren Zweck mittelbar darin besteht, in näherer Zukunft keine Ordnungsbedrohung oder –störung entstehen zu lassen. Zu denken wäre da etwa an Beschlüsse, vom zeitweiligen Verbot der Berufsausübung Betroffene rechtzeitig zu entschädigen, bevor deren Einkommensausfall soziale Unruhen verursacht. Und schliesslich fragt es sich, ob oder wie weit es noch für eine solche

Klausel Raum hat, wenn sie ungeschriebenes Recht ist, in der Verfassung aber geschriebene Notrechtsbestimmungen stehen, die als Begrenzung von Notrechtsmassnahmen verstanden werden können.

Heutzutage geht man eher davon aus, die Polizeigeneralklausel habe ein Bestandteil des geschriebenen Rechts zu sein. So findet man bei der Umschreibung der Zuständigkeiten der Bundesversammlung im Artikel 173 BV (über „Weitere Aufgaben und Befugnisse“ der Bundesversammlung) in Absatz 1, Buchstaben a bis c, die Ermächtigung zu Massnahmen zur Wahrung der äusseren Sicherheit, Unabhängigkeit und Neutralität sowie der inneren Sicherheit, wobei, wenn ausserordentliche Umstände es erfordern, mittels Verordnungen oder einfachen Bundesbeschlüssen (statt Gesetzen) gehandelt werden kann. Das betrifft aber nur die Bundesversammlung. Für den Bundesrat sind wir auf den Art. 185 BV und seine inhaltlichen Begrenzungen verwiesen, wenn er mittels Verfügungen oder (zu befristenden) Verordnungen aktiv werden soll.

Der Direktor des Bundesamts für Justiz sieht den Sinn der Notstandsklauseln der Bundesverfassung darin, den Bund in Notlagen, namentlich in nicht vorhergesehenen, überhaupt handlungsfähig zu erhalten (NZZ vom 30. Mai 2020). Aus dieser Sicht haben die vom Bundesrat getroffenen Freiheitsbeschränkungen (mit einschneidenden wirtschaftlichen Folgen) die Gewährung finanzieller Nothilfe an unverschuldet davon Betroffene als notwendige Konsequenz nach sich gezogen. Dies um einen wirtschaftlichen Notstand zu verhüten. Denn „es ging letztlich um die öffentliche Ordnung“, die mit einer solchen Notlage auf dem Spiele gestanden hätte. Mit diesem Argument kann er alles, was verordnet wurde, in den Geltungsbereich von Art. 185 Abs. 3 BV einordnen. Die Frage, ob dieses Verständnis jener Bestimmung strengrechtlich standhält, bleibt dennoch offen.

Mit anderen Worten: Es bleibt erörterungswürdig, ob Art. 185 BV nicht etwas genereller formuliert werden sollte. Nämlich um das notfallmässige Eingreifen in unerwarteten Situationen, die nicht zwingend *spezifisch* polizeilichen Reaktionen rufen, rechtlich absolut eindeutig absichern zu können.

Man erkennt also: Die Berufung auf die Polizeigeneralklausel enthielte eine dieser eigene Problematik und wäre deshalb nicht unbedingt hilfreich. Abgesehen davon würde es heute niemandem mehr einfallen, den Polizeibegriff so umfassend zu definieren, wie es vor langer, langer Zeit noch der Fall war, als man „Polizey“ noch mit einem Ypsilon am Schlusse schrieb. Damals fasste man als „Polizey“ das Meiste auf, was der ordnenden Hand der Verwaltung bedürftig erschien. Aufklärung und Französische Revolution gaben aber der Idee des liberalen Staats im Verlaufe des 19. Jahrhunderts nachhaltigen Schub und Aufwind. Die Bindungen des Bürgers sollten einer selbstverwalteten Freiheit desselben weichen, die freie obrigkeitliche Verwaltungstätigkeit des Staates, eben die „Polizey“, sollte vermehrter Einbindung in gesetzliche, regelnde Grundlagen Platz machen. Dadurch wurde das willkürliche Eingreifen in das Leben der Bürger zurückgedämmt. Auch die Ermächtigung, im eingetretenen Notstand adäquat zu handeln, wurde dadurch mehr und mehr in schriftlich festgehaltenen Verfassungsbestimmungen als einzuhaltende Vorgaben eingeordnet.

Schlussfolgerung nach einer berechtigten Frage

Die Schlussfolgerung muss wohl sein, dass Jean-François Cavins Frage eher bejahend zu beantworten ist, falls man bestimmten Bundesratsverordnungen von der jetzt ergangenen Art eine eindeutigere Grundlage als die in Art. 185 BV dargelegte verschaffen möchte. Eine solche Neuformulierung der Verfassungsnorm sollte freilich nicht zu allgemein ausfallen. Sonst öffnet man unnötig weit ausgreifenden Interpretationen Tür

und Tor. Umgekehrt wäre auch zu vermeiden, nur ganz eng gefasste Ermächtigungen aufzuzählen und in die Verfassung zu schreiben. Sonst könnte man im Falle einer neuen Krise mit zwingenden Notwendigkeiten erneut vor dem Fehlen eines verfassungsmässigen Fundaments enden. Eine Rechtssetzungs-aufgabe also, bei der man die Schwierigkeit hätte, zwischen Skylla und Charybdis durchsteuern zu müssen! Das aber überlassen wir hier besser Berufeneren.

* * *

Winterthur, im Frühjahr 2020

Die Arbeitsgruppe „Demokratie und Rechtsstaat“:

RA Dr. iur. Dr. iur. h.c. Roberto Bernhard, Winterthur

RA Dr. iur. Ulrich Weiss, Winterthur

Dr. oec. publ. Hansrudolf Kübler, Wallisellen

Die Arbeitsgruppe ist aus eigener Initiative von Mitgliedern der Neuen Helvetischen Gesellschaft Winterthur entstanden. Die Arbeitsgruppe gibt ihre eigene Meinung wieder, welche für die Neue Helvetische Gesellschaft (NHG) nicht verbindlich ist. Die Arbeitsgruppe steht in der Nachfolge der „Nordostschweizerischen NHG-Arbeitsgruppe ‚Direkte Demokratie‘“ (1994/95), „Demokratiereform“ (2004/05) und „Demokratie und Rechtsstaat“ (2010).

Die vorliegende Studie wurde finanziell unterstützt durch die Vereinigung Libertas Winterthur.

Druck: Rohner Spiller AG, Winterthur